Verkauf von Bäumen auf dem Stamm

unter besonderer Berücksichtigung

der §§ 865, 956 B.G.B.

und des gemeinen Rechts.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Landes-Universität Rostock

vorgelegt von

Georg Salier,
Kammergerichtsreferendar.

Berlin 1903.

Druck von Wilhelm Pilz, Landsberger Strasse 108.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549207_0193

Meinen geliebten Eltern!

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1
§ 2. Rechtliche Stellung des Baumes zum Grundstück . . 3
§ 3. Obligatorische Rechtswirkung im allgemeinen 4
§ 4. Der Uebergang der Gefahr nach gemeinem und bürgerlichem Recht 5
§ 5. Uebergabe der Bäume nach B.G.B. Allgemeines . . 12
§ 6. Besitz nach B.G.B. Allgemeines 15
§ 7. Besitz an Bäumen: a) Literatur 17
§ 8. Besitz an Bäumen: b) theoretisch 23
§ 9. Besitz an Bäumen: c) historisch 27
§ 10. Erwerb des Eigentums an den Bäumen 28
§ 11. Fortsetzung. Die allgemeinen Grundsätze in § 956 B.G.B. 33
§ 12. Fortsetzung. *ratio* des § 956 41
§ 13. Ist Satz 2 des A. 1 § 956 auf den die Sachteile besitzenden Käufer auszudehnen? 44

Literatur-Verzeichnis.

Auffenberg, O., Der Fruchterwerb des Pächters, Dissertation, Erlangen 1897.

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Rechte, Erlangen 1884.

Benscher, Eigentumserwerb an Früchten, Dissertation, Erlangen 1897.

Biermann, Sachenrecht des B.G.B., 2. Aufl., Berlin 1903.

v. **Blume** in Iherings Jahrbüchern Bd. 39: Beiträge zur Auslegung des deutschen B.G.B., III. Zur Lehre vom Fruchterwerb des Pächters.

— in Blätter für Rechtsanwendung 1902, S. 102, 113.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl., Erlangen 1873/1892.

Buhl in Recht des B.G.B. in Einzeldarstellungen Bd. XII, Berlin 1901: Fruchterwerb.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 1. und 2. Aufl., Jena 1899.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Tübingen-Leipzig 1902.

Czyhlarz, Die Eigentumserwerbsarten bei Glück, Serie 41/42, Erlangen 1887.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens, 1. und 2. Aufl., Halle a. S.

Dernburg-Biermann, Pandekten, 6. Aufl., Berlin 1901.

Drucksachen des Reichtags ad 87, 1896/1897 (Denkschrift zur Reichstagsvorlage).

Eck, Die Verpflichtung des Verkäufers zur Verschaffung des Eigentums, 1874.

Endemann, Der deutsche Civilprozess, Berlin 1878/1879.

— Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 7. Auflage Berlin 1900.

— in Grünhuts Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht der Gegenwart; Bd. 12: Die Lehre von der *emtio rei speratae* und *emtio spei*.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht, 2. Aufl., Berlin und Leipzig 1888.

Entscheidungen in Reichsgerichtsentscheidungen (Civilsachen) Bd. 16.
— in Seufferts Archiv Bd. 15, 44.
— in Das Recht, Bd. V, S. 284, No. 1024.
— in Das Recht, Bd. VII, S. 80, No. 335.
— in Striethorsts Archiv Bd. 56 S. 95, Bd. 65 S. 98.
— in Gruchot, Beiträge Bd. 38 S. 946 des kgl. Geheimen Ober-Tribunals Bd. XI Nr. 7.

Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, Wien 1867.

Fischer-Henle, B.G.B., 2. Aufl., München 1898.

Franke in Buschs Zeitschrift für Civilprozess Bd. 28: Pfändung ungetrennter Früchte.

Fuchs in Buschs Zeitschrift für Civilprozess, Bd. 24, S. 207 ff.

Fuchs in Das Recht, Jahrgang VII, 1903, S. 38.

Gierke, Der Entwurf eines B.G.B. und das deutsche Recht in Schmollers Jahrbücher, 12. und 13. Jahrgang.

Glück, Ausführliche Erläuterungen der Pandekten, Bd. IV, Erlangen 1796.

Harburger in Das Recht, Jahrgang V, 1901, S. 484 ff.

Hellmann in Das Recht, Jahrgang V, 1901, S. 417 ff., 532 ff.

v. Jacubezky in Das Recht, Jahrgang VI, 1902, S. 4 ff.

Johow, Vorentwurf des Sachenrechts des B.G.B., Berlin 1880.

Kniep, Der Besitz des bürgerlichen Gesetzbuches gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Rechte, Jena 1900.

Koch, Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, 8. Aufl., Berlin-Leipzig 1886.

Kohler, Archiv für bürgerliches Recht Bd. 18: Vertrag und Uebernahme.

Kohler, Gesammelte Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Civilrecht, Mannheim 1883.

Kramer in Das Recht, Jahrgang VI, S. 609.

Landsberg in der juristischen Monatsschrift für Posen usw., Jahrgang 1899: Der Verkauf von Bäumen auf dem Stamme.

Lange, H., Ueber den Erwerb der Erzeugnisse und sonstigen Bestandteile usw., Dissertation, Rostock 1901.

Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Aufl., Berlin 1899, 3. Aufl., 1900.

Motive zu dem Entwurfe eines B.G.B. für das deutsche Reich.

Nuss, Die rechtlichen Beziehungen zwischen den beteiligten Personen, wenn auf einem vom Niessbraucher verpachteten Grundstück Früchte auf dem Halm teils beschädigt, teils entwendet worden sind, Dissertation, Erlangen 1897.

Petersen-Anger, Die C.P.O. für das deutsche Reich, 4. Aufl., Lahr 1901.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch usw., erläutert von, 1. Aufl., Berlin 1897.

Puchta, Pandekten-Vorlesungen, München 1882.

Puntschart, Fundamentale Rechtsverhältnisse des römischen Privatrechts, Innsbruck 1885.

Randa, Der Besitz nach österreichischem Recht usw., 4. Aufl., Leipzig 1895.

Reatz, 2. Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, Berlin 1894f.

v. Rönne, Ergänzungen und Erläuterungen des A.L.R. für die Preussischen Staaten, 7. Ausgabe, Berlin 1885/1886.

Savigny, Das Recht des Besitzes, 7. Aufl., Wien 1865.

Sobbe, Die *emtio rei speratae*, ihr Wesen und ihre Wirkungen, Dissertation, Erlangen 1899.

Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, 3. Auflage, Berlin 1893/1900.

Strohal in Iherings Jahrbüchern Bd. 38: Sachbesitz nach dem B.G.B.

Struckmann-Koch, Kommentar der C.P.O., 8. Aufl., Berlin 1901.

Unterholzner, Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen, Leipzig 1840.

Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 7. Aufl., Marburg und Leipzig 1876.

Voss, Archiv für civilistische Praxis Bd. 66: *Condictio possessionis* und Vollstreckungspfändung.

Wendt, Lehrbuch der Pandekten, Jena 1888.

Wilmowski-Levy, Die C.P.O. für das deutsche Reich, 7. Aufl., Berlin 1895.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl., Frankfurt a. M. 1900.

Zusammenstellung der gutachtlichen Aeusserungen zum Entwurf des B.G.B., Bd. 3 und 4, Berlin 1890.

§ 1.

Einleitung.

Indem das B.G.B. zahlreiche Prinzipien des in neueren Kodifikationen, namentlich dem preussischen A.L.R., enthaltenen deutschen Rechts aufgenommen, ferner auch grundlegende Teile des römischem Leben und Charakter entsprossenen gemeinen Rechts zur Prägung seiner Rechtssätze verarbeitet hat, sucht es hiermit den Rechtsanschauungen und wirtschaftlichen Bedürfnissen des deutschen Volks zu entsprechen. Indessen hat es durch diese Verbindung der verschiedenartigsten Grundsätze zu einem einheitlichen System vielfach völlig neue Satzungen aufgestellt und so viele Wirtschafts- und Rechtsverhältnisse des gesamten Volkslebens nicht unbedeutend geändert. Ganz besonders macht sich diese Veränderung bei verschiedenen, im Leben vielfach vorkommenden Rechtsgeschäften geltend: so hat auch die neue Gesetzgebung in einschneidender Weise auf das im Verkehr sehr häufige Rechtsgeschäft des Themas eingewirkt. Und zwar sind hierfür in folgenden Punkten Untersuchungen anzustellen:

1. Insbesondere sind in den durch den Abschluss des Kaufs nach gemeinem Recht eintretenden Rechtsbeziehungen der Kontrahenten durch Aufnahme deutschrechtlicher Meinungen in das Gesetz wesentliche Aenderungen eingetreten.

2. Bezüglich der rechtlichen Stellung der Teile zur Hauptsache, also hier des Verhältnisses der Bäume

zum Grundstücke, wird zu erörtern sein, ob das B.G.B. eine Aenderung der gemeinrechtlichen Grundsätze eingeführt hat. Hierher gehört insbesondere aber auch die Frage, ob nach dem B.G.B. ein Besitz an den Bäumen als solchen, ohne Besitz des Grund und Bodens, möglich ist, eine Frage, in welcher das Gesetz deutschrechtlichen Anschauungen in weitem Masse gefolgt ist.

3. Während letzteres im allgemeinen bezüglich des Sachenrechts der Fall ist, folgt es in den Normen über den Eigentumserwerb von Erzeugnissen und Bestandteilen einer Sache dem römischen Substanzialprinzip, allerdings auch dies nur, indem es in wirkungsvoller Weise heimischen Bedürfnissen sich anzupassen sucht.

Hinsichtlich der folgenden Untersuchungen sei hier bemerkt, dass ausschliesslich der Kauf von stehenden Bäumen im engsten Sinne zu Grunde liegt, d. h. der Fall, dass ein Grundeigentümer mit einem anderen einen Kaufvertrag abschliesst, in dem nicht etwa ein aus der Machtfülle seines Eigentumsrechts abzusplitterndes Recht den Gegenstand des Vertrags bildet, so dass die Bäume durch den Vertrag nur mittelbar betroffen wären, wie z. B. beim Kauf eines dinglichen Nutzungsrechts am Grundstück,[1]) das sich auf Gewinnung von Bäumen richtet. Auch Pacht des Grundstücks hinsichtlich der Bäume bleibt ausser Betracht. Vielmehr wird nur der Fall besprochen, dass jemand vom Eigentümer die noch nicht gefällten Bäume selbst kauft: obligatorischer Vertrag über Lieferung bestimmter Ware gegen Geldzahlung.

---

[1]) Als solches käme sowohl Niessbrauch z. B. einer Forstfläche als auch die sogenannte Pflanzensuperfizies in Betracht; cfr. Windscheid-Kipp I § 223 Note 20 und S. 1003 Z. 1.

§ 2.

Die rechtliche Stellung des Baumes zum Grundstück.

Sowohl nach gemeinem Recht wie nach B.G.B.[1]) steht das Resultat in gleicher Weise fest, dass Bäume auf dem Stamm keine selbständigen Sachen sind, sondern Teile des Grund und Bodens ohne die Möglichkeit einer Sonderrechtsstellung. — Das gemeine Recht unterscheidet zur rechtlichen Würdigung der Sachteile „einheitliche" Sachen von *corpora ex contingentibus* und *corpora ex distantibus.* Was unter einheitlichen Sachen zu verstehen ist, ergibt die l. 30 pr. D. 41, 3: *„tria autem sunt genera corporum, unum quod uno spiritu continetur, et graece ἡνωμένον vocatur . . . . .“* Die Uebersetzung für *quod uno spiritu continetur* würde vielleicht am besten sein: „zusammenhängender Organismus". Diese Auffassung lässt uns am ehesten erkennen, dass logisch für stehende Bäume nicht andere Rechtsbeziehungen als für die ganze Sache existieren können; so heisst es denn auch in den römischen Quellen von Bäumen l. 40 D. 19, 1: *„arborum, quae in fundo continentur, non est separatum corpus a fundo“* und insbesondere von *fructus* in l. 44 D. 6, 1: *„fructus pendentes pars fundi videntur.“* — Das B.G.B., das wesentliche Bestandteile einer Sache von unwesentlichen unterscheidet, teilt den Bäumen dieselbe Rechtsstellung zu: der Baum, welcher ein Erzeugnis des Grund und Bodens ist, ist, so lange der körperliche Zusammenhang mit demselben besteht, ein wesentlicher Bestandteil und als solcher nicht Gegenstand besonderer Rechte gemäss §§ 93, 94 B.G.B.

[1]) Nach B.G.B. nur im allgemeinen; im besonderen sind andere Fälle möglich.

Weder also nach gemeinem noch nach bürgerlichem Recht sind Bäume auf dem Stamm selbständige Sachen. Als solche kommen sie nur für die Zukunft in Betracht, in welcher sie von der Muttersache getrennt sein werden: *separata corpora,* nicht mehr Bestandteile.

Es ergibt sich nunmehr die Frage, ob hinsichtlich des zukünftigen Zustandes der Teile einer Sache als selbständiger Sachen ein Kaufvertrag abgeschlossen werden kann, eine Frage, die in den Quellen des gemeinen Rechts ausdrücklich bejaht ist, z. B. l. 40 D. cit., ll. 8 pr., 78 § 3 D. 18, 1, die auch nach dem B.G.B. zu bejahen ist, obwohl in § 433, dem einzigen in Betracht kommenden Paragraphen, nichts davon gesagt ist: es geschieht dies mangels einer zuwidergehenden Vorschrift des Gesetzes in Uebereinstimmung mit der bisherigen Praxis.[1])

Nunmehr ist festzustellen, welche rechtliche Bedeutung für die durch den Kauf entstandenen Rechtsbeziehungen die Tatsache hat, dass die Bäume noch auf dem Stamm stehen.

§ 3.

Obligatorische Rechtswirkungen im allgemeinen.

Wohl auf keinem Gebiete des gemeinen Rechts bestanden so viel Streitpunkte als auf dem der obligatorischen Rechtswirkungen des Kaufs. Und hier hat das B.G.B. namentlich unter dem Einfluss deutschrechtlicher Gedanken klärend gewirkt.

1. Der Grundgedanke, dass Kauf der Austausch von Ware gegen Geld ist, war zwar anerkannt; da-

[1]) Seufferts Archiv Bd. 44 Nr. 165, Bd. 18 Nr. 209 usw.; Dernburg, Pandekten I § 78[17]; Fischer-Henle, B.G.B. § 433; Cosack I S. 398, III S. 407 u. a. m.

gegen war man noch bis in die neuere Zeit hinein keineswegs davon überzeugt, dass der Verkäufer dem Käufer das Eigentum an der Kaufsache verschaffen müsste. Das Eviktionsprinzip, wonach der Verkäufer seiner Pflicht Genüge geleistet habe, wenn der Käufer den ungestörten Genuss der Ware erhalte, war im allgemeinen anerkannt, bis erst Eck im Jahre 1874 in seiner Schrift: „Die Verpflichtung des Verkäufers zur Verschaffung des Eigentums" in bahnbrechender Weise nachwies, dass schon die Römer dieses Prinzip durchlöchert und damit diesen formalistischen Standpunkt aufgegeben hatten, so dass man sich in neuerer Zeit dahin bekannte,[1]) dass der Käufer sich keineswegs mit der Verschaffung des ungestörten Genusses begnügen brauche.

2. In erschöpfender, bestimmter Normierung hat das neue Recht die gegenseitigen Rechte und Pflichten beim Kauf begrenzt. Die Verpflichtungen bestehen gemäss § 433 in folgendem:

> „Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen . . . (Abs. 2:) Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen".

§ 4.

Der Uebergang der Gefahr nach gemeinem und bürgerlichem Recht.

a) Nach gemeinem Recht bereitet noch heute im allgemeinen, wie im einzelnen Fall die Frage nach dem

[1]) Windscheid, Pandekten § 389[3a]; Dernburg, Pandekten II S. 275[31]; Endemann, B.G.B. I S. 699.

Uebergange der Gefahr nicht unerhebliche Schwierigkeiten. Im gemeinen Recht trägt der Käufer regelmässig mit dem Abschluss des Kaufes auch die Gefahr sowohl des Unterganges als auch der Verschlechterung der Kaufsache; es gilt im allgemeinen der Grundsatz: *periculum est emptoris;* cfr. § 3 I. 3, 23, l. 5 D. 18, 5. Indessen gilt dieser Grundsatz nicht etwa unbeschränkt, sondern nach Massgabe der l. 8 pr. D. 18, 6 *„necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio; tunc enim sciemus, cuius periculum sit . . . . si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emptio".*

Sobald also der Kauf im Sinne dieses Zitats perfekt ist, ist die Gefahrlage zwischen den Kontrahenten geklärt. — Nach diesem Quellenausspruch ist aber ein Hauptelement des Perfektionsbegriffs die Gegenwärtigkeit der Kaufware, sie muss da sein. Hieraus ergibt sich für den Kauf von stehendem Holz, dass derselbe noch nicht perfekt ist.[1]) Demnach käme der Grundsatz: *„periculum est emptoris"* hier nicht zur Anwendung. In welchem Umfang er indessen dennoch bestehen bleibt, hängt zunächst von der Feststellung des Parteiwillens ab:[2]) ob nämlich die Parteien den

---

[1]) Windscheid, Pandekten § 144; Endemann in Grünhuts Zeitschrift XII S. 349.

[2]) Es handelt sich hierbei um den Unterschied der sogenannten *emtio spei* und *emtio rei speratae.* Ist die genannte Abrede getroffen, so spricht man von *emtio spei,* sonst von der *emtio rei speratae.* Aber mit überzeugender Beweisführung hat Endemann bei Grünhut l. c. ausgeführt, dass es diesen Unterschied der Sache nach nicht gäbe. Aehnlich Bechmann II 142[2]; diesen schliesst sich Sobbe in seiner Dissertation *„emtio rei speratae etc."* §§ 3 und 4 an, und in Uebereinstimmung mit diesem scheint uns der vermeintlich sachliche Unterschied im Parteiwillen abhängig zu sein. Freilich ist derselbe oft schwer fest zu stellen; indessen liegt ein auch von Sobbe als „praktisch nutzbares Kriterium" (S. 13) anerkanntes

Kaufpreis bezahlen wollen, auch wenn die künftige Sache überhaupt nicht zur Entstehung gelangt, in welchem Falle ja der römische Rechtssatz durch Parteiabrede seine volle Geltungskraft behält. Für den Fall aber, dass diese Abrede nicht getroffen ist, ist allerdings der Umfang seiner Geltungskraft bestritten. Letzteren Fall ziehen wir nunmehr näher in Betracht. Manche gemeinrechtliche Schriftsteller wollen dem Käufer die gesamte Gefahrlast aufbürden. Dass der Käufer die Qualität wage, steht fest; d. h. auf eine Beschädigung der Stämme nach Abschluss des Kaufs darf er keinen Anspruch auf Minderung des Kaufpreises gründen.[1]) Dass die Qualität und Quantität gewagt werde, sagt Dernburg, Pandekten II § 94[13], Windscheid, Pandekten § 385[8b], Glück, Pandekten IV § 303[194f], Puchta, Vorles. II § 258 S. 88 und Sobbe Dissert. *emtio rei speratae* S. 42. Dagegen, dass nur die Qualität gewagt werde, sagt Unterholzner, „Schuldverhältnisse" II S. 442, Vangerow, Pandekten § 632, ebenso Endemann a. a. O. Wir schliessen uns der letzteren Meinung an; denn würde bei der *emtio rei futurae* oder *speratae,* wie dieser Kauf seit Stryk genannt wird, ein Pauschalpreis ohne Rücksicht auf die Quantität nach der Verselbständigung der Kaufsachen gezahlt werden müssen, so müssen wir mit Endemann fragen, wo denn die Grenze dieses Kaufes mit der *emptio spei* bleibt, in der der Käufer sich von vornherein

---

wesentliches Mittel zur Erleichterung der Interpretation darin, dass die *emtio rei speratae* nur dann vorliegt, „wenn Dinge behandelt werden, welche sich im gewöhnlichen Laufe der Natur in ganz bestimmter Weise entwickeln, vor allem also Früchte, Tierjunge". Hiernach ist beim Kauf stehender Bäume, falls nicht der entgegenstehende Parteiwille ersichtlich ist, stets *emtio rei speratae* anzunehmen.

[1]) cfr. über den Ausschluss der ädilizischen Klagen Sobbe Seite 41.

damit zufrieden gibt eventuell nichts zu erhalten und diesem Risiko angemessen auch den Kaufpreis bereden mag. Bei der *emptio rei futurae* sind dagegen ganz bestimmte, wenn auch noch nicht existente Sachen gekauft; werden sie nicht, so entsteht eben beiderseits keine Pflicht. Dies muss insbesondere Dernburg und Sobbe, der sich (S. 50) diesem anschliesst, entgegengehalten werden. Dernburg führt aus: „In der Regel ist bei derartigen Geschäften der Kaufpreis voll zu zahlen, wenn auch nur eine abnorm geringe Quantität der erhofften Sache zur Entstehung kommt, wie er keine Vermehrung bei ausserordentlich grosser Quantität erfährt usw.“ Wann gilt denn aber nach Dernburg und nach Sobbe der Kaufgegenstand in seiner geringsten Quantität als entstanden, von welcher geringen Quantität an müsste also ein Käufer den Kauf gegen sich gelten lassen? Endemann[1]) sagt hierzu sehr treffend: „Diese Unterscheidung, ob etwas, sei es auch noch so wenig, oder nichts entsteht, soll zwei Arten von Kaufverträgen trennen, und man behauptet, dass der Wille der Kontrahenten darüber Entscheidung trifft, ob diese oder jene Art von Wirkung eintreten soll. Dass das nicht wahr ist, erscheint offenbar. Ob jemand für den Preis, den er nach 1000 kg berechnet hat, 20 g erhält oder nichts, ist ihm völlig gleichgültig.“ Sobbe scheint sich übrigens hier in einem Widerspruch zu sich selbst zu bewegen, da er einerseits die Parteien darüber entscheiden lassen will, ob eine Zahlungspflicht vorhanden ist, auch wenn nichts existent wird; andererseits hält er es aber für zwingendes Recht, dass der ganze Preis bezahlt wird, wenn auch nur etwas entsteht! (s. seinen § 12, 2. Fall.) Dementsprechend ist auch der Einwurf Sobbes — Seite 43 —, dass die be-

[1]) a. a. O. S. 397 f.

hauptete Einschränkung des *periculum est emptoris* die Tendenz zeige, die *emtio rei speratae* auf den Fall zu begrenzen, dass eine *res futura* derartig verkauft werde, dass eine Quantitätseinheit einen bestimmten Preis koste, nicht als stichhaltiger Gegenbeweis zu betrachten. Ist ein Preis in Bausch und Bogen festgesetzt, so scheint uns den Parteien wenig daran zu liegen, ob sie von der nächstjährigen Ernte eines Guts einen oder keinen Scheffel Getreide erhalten. Betreffs des *periculum qualitatis* wird wohl im allgemeinen von den Parteien die Möglichkeit einer Veränderung der Kaufsache nicht in Betracht gezogen; wodurch natürlich nicht die Pflicht des Käufers geändert wird, die Gefahr der Verschlechterung auf sich zu nehmen, wie z. B. bei einem suspensiv bedingten Kauf einer *res praesens,* mit dem ja unser Vertrag unverkennbare Aehnlichkeit hat.[1]) Die behauptete Regelung der Haftung für Gefahr ergibt sich aus den Quellen cfr. l. 8 pr. D. 18, 1 „. . . . *cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur: sed si id egerit venditor, ne nascatur aut fiant, ex empto agi posse . . . .*“ Wenn aber nichts als selbständige Sache entsteht, so zerfällt der abgeschlossene Vertrag, da das *essentiale* nicht entstanden ist. Aber *cum editus esset partus,* dann soll man den Kauf als schon damals perfekt geworden betrachten, als er abgeschlossen wurde. Betrachtet man den Kauf als perfekt mit diesem Zeitpunkt des Vertragsschlusses, so ist zu

[1]) Indessen ist es durchaus falsch, wenn einige Schriftsteller die *emptio rei futurae* als einen bedingten Kauf bezeichnen, wie z. B. Puntschart, „Fundamentale Rechtsverhältnisse“ S. 289 f. Der Vertrag selbst ist durchaus unbedingt, nur ein *essentiale* ist noch nicht gegenwärtig. Man kann diesen Mangel vielleicht als eine *condicio iuris* bezeichnen, ein Ausdruck, der zwar Endemann nicht recht passen will, während er sachlich wie Bechmann derselben Ansicht ist; vgl. auch S. 29 a. E.

folgern, dass seit diesem Zeitpunkt sich das Risiko des Käufers bezüglich der Sache weiter entwickelt hat. Ob hierin eine Rückziehung im eigentlichen Sinne liegt, was Endemann S. 349 abstreitet, ist irrelevant. Das aber ist unbestreitbar, dass die oben dem Käufer zugeschriebene Gefahr der Verschlechterung ihm tatsächlich zur Last fällt; nicht aber ergibt sich, dass der Käufer auch das *periculum quantitatis* tragen müsse: in der Quelle ist, wie den Gegnern eingewendet werden muss, kein Wort davon gesagt. In dem *sed* ist allerdings ausgedrückt, dass ein Gedanke zu ergänzen sei; aber nach dem Gesamtinhalt der Stelle ist kein Grund vorhanden, sie im Sinne der gegnerischen Behauptung zu ergänzen. Keine entscheidende Bedeutung hat die mehrfach gedeutete l. 78 § 3 D. 18, 1: *„frumenta quae in herbis erant cum vendidisses, dixisti te, si quid vi aut tempestate factum esset, praestaturum: ea frumenta nives corruperunt: si immoderatae fuerunt et contra consuetudinem tempestatis, agi tecum ex empto poterit.“* Offensichtlich ist der Zweck dieser Stelle der, die von einem Verkäufer vertragsmässig übernommene Haftpflicht für Unfälle als auf einen konkreten Unfall zutreffend festzusetzen; aber mittelbar lässt sich schliessen, dass der Käufer die Gefahr für *fructus in herbis*, d. h. *fructus futuri* im Sinne der l. 8. c. trage; denn sonst wäre der Vertrag ja zwecklos geschlossen. Indessen, ein positives Ergebnis kann aus dieser Stelle nicht gewonnen werden, da nicht gesagt ist, welcherlei Gefahr der Käufer ohne den Vertrag tragen würde. Und man muss wohl sagen, dass Endemann[1]) mit Recht ausführt: „Man wird berechtigt sein, den Schluss zu ziehen, dass regelmässig der Verkäufer die Gefahr bei dem Kauf der

[1]) a. a. O. S. 352.

Früchte auf dem Halme nicht trägt. Denn wenn der Verkäufer bereits *ipso iure* einstehen müsste bei dem Verderb der Früchte, so würde es zwecklos sein zu entscheiden, dass er nicht *ex pacto* hafte. Weiter darf man aber nicht gehen! . . . ." Vielmehr bleibt das Resultat das genannte negative. Die Bedeutung der l. 39 D. 18, 1 mag wegen der Unsicherheit des Textes dahingestellt bleiben. Wenn also nicht in anderer Beziehung der Kauf derartig imperfekt ist, dass der Verkäufer die gesamte Gefahr tragen muss, so hat der Käufer zwar nicht das z. B. durch Wassers- oder Feuersnot vernichtete, wohl aber beschädigte Holz zu bezahlen. Demnach wagt also der Käufer die Qualität; was dagegen nicht als selbständige Sache entstanden ist, braucht er nicht zu bezahlen.

Je nach den verschiedenen Modifikationen, die dieses Kaufgeschäft zulässt: z. B. eine bestimmte Anzahl Bäume ist nach einem noch nicht ermittelten Masseinheitspreis verkauft, u. ä. ist die Gefahrlage eine noch kompliziertere.

b) Viel klarer und vor allem natürlicher das B.G.B.: Es kennt den Satz *periculum est emptoris* als Folgewirkung des Kaufabschlusses nicht. Diese Rechtswirkung knüpft sich nur an den Vollzug beziehungsweise einen Bestandteil desselben, nämlich die Uebergabe, sodass also insofern die Perfektion des Kaufs als ein besonderes Stadium in der Entwicklung des Rechtsverhältnisses im B.G.B. ausgeschaltet ist. § 446 bestimmt: „Mit der Uebergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über . . . . ." Der Begriff Uebergabe bedeutet aber nach B.G.B. Uebertragung des Besitzes, wie sich z. B. aus dem Zusammenhang der §§ 433 S. 1 und 455 ergibt, ferner aus 929, aus denen hervorgeht, dass Uebergabe der Ausdruck

für den rein tatsächlichen Vorgang ist. Da aber nach § 433 die Uebergabe bereits ein Moment der Erfüllung ist, so unterliegt die vor dem Kauf bestehende natürliche Gefahrlage durch dessen Abschluss demnach keinerlei Veränderung. Eine Vernichtung oder Beschädigung des gekauften Baumes muss sich der Verkäufer daher in Anrechnung bringen lassen und zwar — natürlich *salvo contractu* — gleichviel, unter welchen Modifikationen der Kauf abgeschlossen ist.

§ 5.

Uebergabe der Bäume nach B.G.B. Allgemeines.

Sowohl dem Käufer, wie dem Verkäufer wird nun daran gelegen sein, den Kauf möglichst bald zu vollziehen beziehungsweise wenigstens die Uebergabe der Bäume zu bewirken. Zunächst trägt der Verkäufer immer noch die Gefahr für die Bäume, eine für ihn um so lästigere Pflicht, als er nach dem nunmehr abgeschlossenen Kauf bereits auf eine bestimmte Einnahme rechnen dürfte, die ihm vielleicht wesentlich geschmälert werden kann. Andererseits ist aber auch dem Käufer im allgemeinen daran gelegen, dass er statt des Rechts gegen den Verkäufer die Sache selbst hat, auch wenn für ihn damit ein gewisses Risiko verbunden ist: er kann dann wenigstens seine Sache selbst bewachen und sie vor unberechtigten Eingriffen unmittelbarer schützen. An der Sache selbst ist ihm eben oftmals viel mehr gelegen als an einem ganzen oder teilweisen Rücktritt vom Vertrage. Da nun aber ein definitiver Vollzug des Kaufs vor der Trennung der Bäume unmöglich ist, so werden beide doch so weit wie schon jetzt möglich den von ihnen gewünschten

Rechtszustand herzustellen suchen, indem der Verkäufer dem Käufer die Bäume übergibt, falls dies schon vor der Trennung möglich sein sollte; denn an sie knüpft sich, wie dargelegt, der dem Verkäufer günstige Gefahrwechsel und die dem Käufer dienliche direkte Einwirkung auf die Sache, § 446 B.G.B. Es ist demnächst zu prüfen, in welcher Weise die Uebergabe der Bäume zu geschehen hat.

Ganz unbestritten wird sie herbeigeführt, wenn der Verkäufer sich dazu versteht, dem Käufer die gesamte von den Bäumen bestandene Fläche zu übergeben, was anerkanntermassen ausführbar ist: den Besitz an einzelnen Abschnitten eines Grundstücks erkannten schon die Römer an, z. B. ll. 26, 43, D. 41, 1; diesen Grundsätzen folgte das gemeine Recht und auch nach § 865 B.G.B. ist dies nicht zweifelhaft. — Nun sind aber Fälle denkbar, in denen der Verkäufer gute Gründe haben wird, nicht ganze Waldparzellen zu übergeben; trotzdem wird aber auch hier der Wunsch nach Uebergabe zu erfüllen sein. So ergibt sich die Frage nach dem Wie? Manche Schriftsteller, z. B. Kniep „Besitz", behaupten allerdings, dass die genannte Art der Uebergabe nach dem B.G.B. die einzig mögliche wäre im Gegensatz z. B. zum A.L.R., nach welchem die Bäume als solche dem Käufer übergeben werden können.

Es handelt sich hier also zunächst um eine rein tatsächliche Würdigung, die aber in der Literatur mehrfach bestritten worden ist. Bei derselben ist das von vornherein klar, dass der Teilbesitz begrifflich ausgeschlossen ist, wenn sich die räumliche Herrschaft über die Bäume in der Weise über dieselben hinaus erstrecken würde, dass jede Verfügung über sie sich implicite auf den Grund und Boden selbst erstrecken muss. —

Wir glauben nun konstatieren zu dürfen, dass der Verkauf von Bäumen auf dem Stamme im Wirtschaftsleben sich oftmals in der Weise abspielt, dass dem Käufer keineswegs die ganze Waldfläche übergeben wird, sondern ihm nur gestattet wird, die beispielsweise durch Anschlag mit dem Forsthammer als gekauft bezeichneten Bäume selber abzuholzen. Wiewohl uns nicht entgeht, dass hierin mitunter nichts weiter enthalten ist, als dass sich der Käufer die Bäume selber holen solle, ist doch meist der Sinn der Parteien der, dass von der in der Gestattung angegebenen Zeit an die Bäume den Verkäufer nichts mehr angingen und ihn keinerlei Verantwortung mehr für dieselben treffe; die Bäume sollen vielmehr als nunmehr übergeben gelten. Die Frage, ob die Verwirklichung dieser Absicht auch rechtlich möglich ist, kann aber wegen des damit verbundenen Gefahrübergangs von der grössten praktischen Bedeutung werden. Zunächst betrachte man den bereits genannten § 865, welcher lautet: „Die Vorschriften der §§ 858 — 864 gelten auch zu Gunsten desjenigen, welcher nur einen Teil einer Sache, insbesondere abgesonderte Wohnräume oder andere Räume, besitzt“ (Besitzesschutz). Dass es hierin heisst: „einen Teil“ ist insofern wichtig, als damit schon gesagt ist, dass keineswegs jeder Sachteil unter § 865 fallen soll, ohne dass er allerdings dazu angibt, welche Sachteile. Es kommt eben darauf an, ob die Erfordernisse für den Besitz gemäss § 854 B.G.B. erfüllt sind, und dies ist in jedem einzelnen Falle von neuem zu prüfen, so dass es unseres Erachtens falsch ist, von vornherein gewisse Sachteile ein für allemal vom Teilbesitz auszuschliessen, wie dies manche Schriftsteller[1]) tun. An und für sich ist kein Sachteil von

[1]) Siehe darüber das Nähere im folgenden § 7.

der Vorschrift des § 865 nicht mit inbegriffen; mithin ist diese Frage auch für stehende Bäume nach § 854 zu prüfen.

§ 6.

Besitz nach B.G.B. Allgemeines.

Da die genannte Frage in der Literatur bestritten ist und eine Entscheidung noch nicht in autoritativer Weise ergangen ist, so müssen wir, um für unsere weitere Untersuchung eine feste Basis zu gewinnen, zunächst auf den Begriff des Besitzes nach B.G.B. zurückgehen. Dieser Begriff ist hier wesentlich anders als im gemeinen Recht zu begrenzen; während dieser von vornherein nur konkret bestimmte Fälle in sich einbezog, ist es dem heissen Bemühen massgeblicher Germanisten gegen die römischen Geist atmenden Vorarbeiten[1]) gelungen, deutschen Rechtsgedanken, wie sie sich bereits in den Partikularrechten kodifiziert vorfanden, den gebührenden Einfluss auf die Rechtsbildung des B.G.B. zu verschaffen,[2]) so dass nunmehr die mit dem Begriff „Besitz" verbundene Auffassung des allgemeinen deutschen Volkslebens mit dem Gesetz übereinstimmt. Dementsprechend bestimmt es, ohne den Begriff näher zu definieren, als einzig entscheidendes Merkmal für den Zustand des Besitzes die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über eine Sache, so

[1]) a) Der Vorentwurf von Johow bestimmt § 48: „Wer eine Sache mit seinem Willen in tatsächlicher Gewalt hat, ist Inhaber. Hat der Inhaber den Willen, die tatsächliche Gewalt nur für einen andern auszuüben, so ist dieser andere Besitzer. In allen übrigen Fällen ist der Inhaber Besitzer". b) Der erste Entwurf bestimmt (§ 797): „Der Besitz einer Sache wird erworben durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache (Inhabung) in Verbindung mit dem Willen des Inhabers, die Sache als die seinige zu haben"

[2]) Dernburg, B.G.B. III S. 40f.

dass seit dem Inkrafttreten des B.G.B. ein besonderer *animus possidendi* nicht mehr unerlässliche Bedingung ist. Diese Tatsache ist, worauf schon jetzt hingewiesen wird, für wichtige andere Vorschriften von Bedeutung gewesen.[1]) Insbesondere auch für den Besitz von Sachgesamtheiten ist dies von Wichtigkeit; dieselben werden nur insoweit „besessen", als sich jede Einzelsache in tatsächlicher Gewalt befindet. Freilich kommt es nicht darauf an, dass der Besitzer bei jeder Einzelsache von ihrer Zugehörigkeit zur Gesamtheit weiss. Uebereinstimmend R.G.-Entscheidung in „Das Recht" 1903 S. 80 Nr. 335.

Der Begriff der tatsächlichen Gewalt ist aber nicht unter elementarer Wortinterpretation dahin zu verstehen, dass der Besitzer jederzeit gegen unbefugte Eindringlinge gewappnet sein müsse, im Gegenteil: Nach Strohal[2]) wäre nichts verfehlter, als wenn man diese tatsächliche Gewalt rein sinnlich nehmen und nach dem Dasein oder Nichtdasein solcher Gewalt bestimmen wollte, ob eine Sache besessen werde. Mit skeptischer Gesinnung würde man da wohl manchen Besitz nicht anerkennen wollen; können doch selbst die festesten Riegel gesprengt werden, wie etwa Dernburg[3]) einmal sagt. Das Wort „tatsächlich" bezeichnet vielmehr den Gegensatz zu dem rechtlichen Verhältnis einer Person zur Sache. Unter tatsächlicher Gewalt versteht das B.G.B., der Verkehrsanschauung entsprechend, ein allgemein anerkanntes Verhältnis der Person zur Sache. Es kommt also nicht darauf an, dass der Besitzer jeden anderen abwehren, sondern dass jeder andere die fremde Rechtssphäre erkennen und sich von derselben fernhalten kann. Die Beziehung

[1]) Siehe § 11 S. 39 f. der Arbeit.

[2]) Strohal in Iherings Jahrbüchern Bd. 38 S. 3 f.

[3]) Pandekten Bd. I, 2 S. 4.

der Person zur Sache muss also äusserlich irgendwie ersichtlich sein, so dass, wer sich nicht mit der Verkehrsanschauung in Widerspruch setzen will, auch wirklich im stande ist, das Merkzeichen zu respektieren. „Besitzer ist nicht nur, wer gegenwärtig und unmittelbar die körperliche Obhut hält, sondern jeder, der nach geltenden sozialen Anschauungen in einem Herrschaftsverhältnis zur Sache steht, dem jeder Volksgenosse Achtung erweisen muss.“ [1])

§ 7.

Besitz an Bäumen: a) in Literatur.

Nunmehr ist also zu prüfen, ob ein derartiges Gewaltverhältnis an Bäumen gesondert von Grund und Boden praktisch ermöglicht werden kann. Hierzu gehört der Nachweis, dass letzterer durch eventuelle Besitzhandlungen nicht mitbetroffen und -erfasst wird. Unseres Erachtens scheint diese Frage nicht verneint werden zu dürfen, wobei wir uns in Uebereinstimmung befinden mit Biermann,[2]) Cosack,[3]) Windscheid-Kipp[4]) und insbesondere Dernburg.[5]) Namhafte Juristen haben sich freilich gegen diese Ansicht ausgesprochen: Strohal,[6]) Matthiass,[7]) Endemann,[8]) Randa,[9]) Kniep;[10]) ferner auch

[1]) Endemann, Einführung in das Studium des B.G.B. Bd. II S. 97.

[2]) Biermann, Kommentar zum Sachenrecht, zu § 865.

[3]) Cosack, B.G.B. Bd. II S. 62.

[4]) Windscheid-Kipp, I Pandekten, mit Bezug auf das B.G.B. S. 693 f, k.

[5]) Dernburg, B.G.B. Bd. III S. 50.

[6]) a. a. O. S. 31 ff.

[7]) Matthiass, Lehrbuch des B.G.B. 1900 Bd. II § 9 in Verbindung mit Bd. I § 37 II, 2.

[8]) Endemann a. a. O. Bd. II § 164.

[9]) Randa, Besitz § 11[19].

[10]) a. a. O. S. 69.

Landsberg.[1]) Im Sinne der letzteren scheinen sich endlich auch die Motive auszusprechen.[2])

Betrachten wir nun, was unserer Ansicht entgegengehalten wird. Strohal erklärt, dass Pflanzen, die den wesentlichen Bestandteil eines Grundstückes bilden, von vornherein vom Teilbesitz ausgeschlossen sind, da sie eine besondere Inhabung nicht zulassen. Matthiass schliesst sich in beiden Auflagen seines Lehrbuches diesem an, indem er, ohne sich ausdrücklich in gegnerischem Sinne auszusprechen, anmerkungsweise auf Strohals Schrift verweist und sich damit zu ihrem Inhalte zu bekennen scheint. Zu dem Gebrauch des Wortes „Pflanze“ sei hier übrigens gemerkt, dass die Allgemeinheit Bäume im Gegensatze zu Gewächsen von kurzer Lebensdauer nicht unter den Begriff „Pflanze“ einbezieht; für Pflanzen in diesem Sinne scheint allerdings die Darstellung eines Sonderbesitzes sehr schwierig. Jedoch dürfte wohl dieser unterscheidende Gebrauch des Wortes „Pflanze“ nicht in Strohals Absicht gelegen haben.

Auch Kniep hält Sonderbesitz an stehenden Bäumen für unmöglich; er kann sich Besitz an Bäumen, die in fremder Erde stehen, nur in der Weise vorstellen, dass die ganze Fläche zum Abholzen überwiesen wird. Diese tatsächliche Auffassung erscheint uns insbesondere bei Kniep um so unerwarteter, als er selbst unter zweifellos viel schwierigeren Umständen einen Sonderbesitz anerkennt, den wir nicht für solchen halten würden. Er

---

[1]) Juristische Monatsschrift für Posen usw. 1899.

[2]) Bd. III S. 367 f. zu N. 11 S. 21 a. a. O. der Motive heisst es: „Durch eine solche Einräumung der Inhabung der Sache sind nicht die noch ungetrennten Bestandteile der Sache als in und mit derselben schon jetzt tradiert anzusehen; denn erst mit der Trennung kann der Besitz und das Recht an denselben beginnen“.

führt als Beispiel für Sonderbesitz nämlich einen Fall[1]) an, nach welchem in einem Altweiberasyl durch auf dem Fussboden gezogene Striche die gemeinschaftlichen Stuben in einzelne Teile für die Alten getrennt wurden. Wer solches als Teilbesitz bezeichnet, kann sich wohl auch die Möglichkeit des gesonderten Besitzes an Bäumen vorstellen; denn mehr wird ja von unserer Seite nicht behauptet. Wenn Kniep den Besitz an ungetrennten Früchten, zu denen unter Umständen doch auch Bäume rechnen, allenfalls als eine Art Niessbrauchsbesitz betrachtet, so scheint uns dieser Vergleich aus verschiedenen Gründen recht ungeeignet, zumal wenn man nicht an Pacht, wo freilich eine wiederholte Erwerbshandlung stattfindet, sondern an Kauf denkt. Es ist höchst unzweckmässig, in Anbetracht der Regelung des Besitzes an Rechten im B.G.B., von einem Besitz an Niessbrauch zu reden, denn das B.G.B. hat den Besitz an Rechten auf das äusserste eingeschränkt und den Niessbrauch nicht in den betreffenden Kreis mit einbezogen.

Endlich ist noch Landsberg zu besprechen, der ebenfalls seine Meinung eingehend begründet hat. Unter Heranziehung des A.L.R., welches, wie noch näher ausgeführt werden wird, einen Sonderbesitz an stehenden Bäumen zuliess,[2]) stellt Landsberg die Behauptung auf, der Besitz wäre hier nur fingiert gewesen und der Sonderbesitz nur eine Folgerung aus dem Eigentum an ungetrennten Bäumen. Nach B.G.B. sei aber weder eine Fiktion des Besitzes möglich, da allein die tatsächliche Gewalt entscheide, noch könne ein Sonderbesitz gefolgert werden, da ja Sondereigentum durch die §§ 93, 94 ausgeschlossen sei. Beide Behauptungen

[1]) S. 2.

[2]) cfr. die hochwichtige Entscheidung des Ober-Tribunals Bd. 11 Nr. 7.

gehen fehl. Die symbolische Uebergabe verlieh dem Empfänger nur dann Besitz, wenn sie von der Beschaffenheit war, dass der körperlichen Besitznehmung ferner nichts im Wege stand, cfr. § 64 I 7 A.L.R. Es war also nach diesem eine ähnliche Regelung wie heute unter B.G.B. durch § 854 A. 2. Die Möglichkeit der tatsächlichen Besitzausübung durch den Erwerber war erforderlich; ohne sie war eine völlige Ergebnislosigkeit der symbolischen Tradition die Folge. Kohler[1]) hat dies in ausserordentlich prägnanter Weise folgendermassen erklärt: „die Annahme einer symbolischen Besitzübertragung freilich ist eine missverständliche und enthält einen richtigen Gedanken in unrichtiger juristischer Formulierung. Der Besitz ist etwas rein Faktisches und daher kann er nur wirklich, nicht durch stellvertretende Zeichen erworben werden". — Auch ist ferner der Sonderbesitz nicht eine Folgerung des Sondereigentums gewesen, sondern eine selbständige gesetzliche Möglichkeit aus § 64 t. c., wie Koch zu § 47 h. t. in anerkannter[2]) Weise darlegt. Endlich versucht Landsberg einen Gegenbeweis aus § 956 B.G.B., der als völlig misslungen zu bezeichnen ist. S. 1 A. 1 dieses Paragraphen, auf den später noch eingehender zurückzukommen ist, lautet: „Gestattet der Eigentümer einem andern, sich Erzeugnisse . . . der Sache anzueignen, so erwirbt dieser das Eigentum an ihnen, wenn der Besitz der Sache ihm überlassen ist, mit der Trennung, andernfalls mit der Besitzergreifung." Hieraus folgert nun Landsberg, dass, falls ein Sonderbesitz an den Bäumen möglich wäre, nach dem zitierten Paragraphen der Käufer schon allein durch die Besitzergreifung Eigentümer werden würde und dies doch eine grosse Unbilligkeit gegenüber dem die Hauptsache

[1]) Kohler, Gesammelte Abhandlungen 1883 S. 13.
[2]) Rönne, Ergänz. I S. 377.

besitzenden Erwerber wäre, bei dem noch die Trennung verlangt sei. Mit dieser Argumentierung übersieht Landsberg vollkommen, dass der nicht die Hauptsache Besitzende nur unter der Voraussetzung vorangegangener Trennung der Bestandteile durch Besitzergreifung Eigentümer wird; er versucht daraus für sich Kapital zu schlagen, dass diese Voraussetzung nicht ausdrücklich im Paragraphen genannt ist, ohne aber zu erwägen, dass der § 94 als im allgemeinen Teil stehend auf alle Materien des B.G.B. zu beziehen und als selbstverständliche Voraussetzung zu betrachten ist. Windscheid-Kipp[1]) weist übrigens ausdrücklich auf diese Voraussetzung hin.

Auch Randa wendet sich gegen die behauptete Möglichkeit, indem er sich gegen die für unsere Behauptung grundlegende, unten eingehender erörterte Entscheidung des Obertribunals wendet und deren Irrigkeit aus dem A.L.R. nachzuweisen sucht. Indessen lässt das A.L.R. die gefundene Auslegung zu und ist dieselbe auch bis in die neueste Zeit durchweg in der Praxis anerkannt worden.

Uns scheint nach alledem kein Nachweis für die gegnerische Ansicht erbracht zu sein. Einige Beispiele werden dagegen unsere Behauptung erhärten können.

Zunächst einige extreme Beispiele, an denen die tatsächliche Gewalt beziehungsweise Innehabung — wie Strohal sagt — so anschaulich wird, dass sie auch von unseren Gegnern anerkannt werden muss: Es gibt Bäume, namentlich Linden, mit so ausgedehntem Geäst, dass darauf Tanzböden aufgeführt werden können. Die Linde gehört als wesentlicher Bestandteil natürlich dem Grundeigentümer; indessen ist derselbe unfraglich dazu berechtigt, dieselbe ähnlich wie ein Haus zu vermieten

---

[1]) a. a. O. S. 855.

und so den Sonderbesitz daran zu übertragen. Eine ähnliche Situation ist auch an hohlen Bäumen möglich.

Weniger selten und praktisch näherliegend dürfte indessen folgendes Beispiel sein: Der Eigentümer eines mit verschiedenen Holzarten bestandenen Parks will demselben ein einheitlicheres Gepräge geben und zwar in der Weise, dass die Linden allein stehen bleiben, die Eichen und Nadelhölzer aber verkauft werden sollen. Die Eichen kauft *A*, die Nadelhölzer *B*. Die Aneignung wird ihnen darauf mit der kontraktlichen Massgabe gestattet, dass der Verkäufer für Schaden an den Bäumen nur bis zu einem bestimmten Termin aufzukommen braucht, wogegen den Käufern die Anstellung von Holzhütern im Park gewährt wird. Sowohl der Verkäufer als die beiden Käufer stellen nun Hüter an, die vor allem sich gegenseitig bewachen, da ihre Herren einander misstrauen. Namentlich will der Grundeigentümer hindern, dass seine Gartenerde mehr, als unbedingt nötig ist, unter- und umgewühlt wird. Uns scheint dieser Fall typisch zu sein für mehrere nebeneinander bestehende Sonderbesitze an verschiedenen Bestandteilen desselben Bodens. Dieses Beispiel zeigt auch die Lage der Besitzer der Teile zu deren Hauptsache, der Erdfläche: es ist klar, dass ein Sonderbesitz an Teilen des Grundstücks sich nicht anders als in Verbindung von Mitbesitz (gemäss § 866) am Grund und Boden denken lässt, derselbe steht, wie bei einer Miete eines abgesonderten Raumes eines Grundstücks — Wohnung — , z. B. der Treppenflur, Hof, Waschküche usw. im Mitbesitz sämtlicher Mieter. So hat der Besitzer der Bäume als solcher am Boden einen gemeinschaftlichen Besitz mit den andern Käufern beziehungsweise dem Grundeigentümer.

Wenn Dernburg und Biermann ihre Meinung dahin einschränken, dass sie einen Sonderbesitz an den

Bäumen nur für den Fall der beliebigen Trennung durch den Besitzer anerkennen, so können wir unter Bezugnahme auf unsere ersten Beispiele, die wir freilich selbst als selten bezeichneten, eine Erörterung darüber dahingestellt lassen, zumal unsere Darstellung ja einen Fall innerhalb dieser eingeengten Grenzen betrifft.

Abgesehen von dieser rein tatsächlichen Würdigung glauben wir auch theoretisch und historisch unsere Meinung rechtfertigen zu können.

§ 8.

Teilbesitz: b) Theoretisch begründet.

Im Rechtssystem ist in einem besonderen Fall die Möglichkeit des Sonderbesitzes von Erzeugnissen, die noch mit der Mutterfläche verbunden sind, ausdrücklich anerkannt. Und zwar handelt es sich hier um § 810 in Verbindung mit § 808 C.P.O.: „§ 810: Früchte, die von dem Boden noch nicht getrennt sind, können gepfändet werden . . . . Die Pfändung darf nicht früher als einen Monat vor der gewöhnlichen Zeit der Reife erfolgen . . .“ „§ 808: Die Pfändung der im Gewahrsam des Schuldners befindlichen körperlichen Sachen wird dadurch bewirkt, dass der Gerichtsvollzieher dieselben in Besitz nimmt. . . .“

Die Benutzung von der C.P.O. zur Argumentierung in unserer Frage scheint allerdings auf den ersten Blick insofern etwas Bedenkliches zu haben, als es sich in der vorliegenden Besprechung um Auslegung von Privatrechtsnormen handelt, die C.P.O. aber öffentliches Recht enthält, letzteres aber oftmals in keinerlei Einklang mit dem Civilrecht zu bringen ist und auch nicht gebracht werden darf wegen der verschiedenen

rationes, die den verschiedenen Rechtsgebieten entsprechen.[1]) Da aber § 810 durch seine rechtlichen Bestimmungen mittelbar sich über tatsächliche Verhältnisse ausspricht, und insoweit er dies tut, darf sein Inhalt hier verwertet werden. Der in ihm enthaltene öffentliche Rechtssatz, dass auch besondere Rechtsverhältnisse an wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks möglich sind, duldet freilich keine Analogie im Civilrecht und soll hier auch gar nicht herangezogen werden. Aber dass der Gerichtsvollzieher nach §§ 808, 810, um an stehenden Früchten ein Pfandrecht zu begründen, an denselben Besitz ergreifen muss, darauf kommt es hier an. Dahingestellt lassen wir eine Erörterung über die in letzter Zeit von der Praxis[2]) zu Gunsten des Gläubigers entschiedene Streitfrage, ob auch der Gläubiger selbst durch die Vollstreckungshandlungen des Gerichtsvollziehers Besitzer der Früchte wird; dahingestellt bleibe ferner die unter dem A.L.R. möglich gewesene Streitfrage, welcherlei Besitz der Gerichtsvollzieher an den Pfandsachen erlange: dass jemand überhaupt Besitz in oben dargelegtem Sinne an ungetrennten Erzeugnissen erlangt, damit also in ein alle fremden Einwirkungen rechtlich ausschliessendes Gewaltverhältnis zu der Pfandsache tritt, ist die aus den zitierten Paragraphen für unsere Beweisführung wichtige Tatsache, die auch nach der neuesten Literatur völlig unbestritten ist, während vor nicht allzulanger Zeit noch eine Kontroverse darüber herrschte, ob das Verhältnis zu den Sachen seitens des Gerichtsvollziehers

---

[1]) Dementsprechend heisst es auch in einer Entscheidung des O.L.G. Posen: „Früchte auf dem Halm . . . das Pfändungsrecht des Gläubigers an solchen Früchten ist ein Sonderrecht für die Zwangsvollstreckung und aus ihm nichts allgemeines zu folgern". Siehe „Das Recht" 1901 S. 284 Nr. 1024; cfr. § 10 S. 29 der Arbeit.

[2]) Reichs-Gerichts-Entsch. XVI S. 396.

auch wirklich Besitz sei.[1][2]) — Neue und singuläre Rechtssätze, wie den Erwerb eines Sondereigentums beziehungsweise Pfandrechts, mag ein Gesetz aufstellen oder beseitigen, aber Tatsachen nicht! Auf Tatsachen wird gefusst, sie bilden die Grundlage, nicht Gegenstand des Gesetzes. Die singuläre Rechtsregel des § 810 zeigt als basierende mithin rechtlich anerkannte Tatsache einen Sonderbesitz an Erzeugnissen eines Grundstücks vor deren Trennung.[3])

Die in den zitierten Paragraphen der C.P.O. zu Grunde liegende Tatsache lässt sich freilich nicht direkt in vorliegender Beweisführung verwenden; § 810 spricht ausdrücklich nur von Früchten, die reifen; hier handelt es sich aber um Bäume, von denen man nicht dieses Wort gebrauchen kann. Zwar hat Endemann[4]) § 810 auch auf Bäume ausdehnen wollen; wir können aber die Erörterung über diese Auslegung, die fast einstimmige Gegnerschaft der gesamten neueren Wissenschaft gefunden hat, dahingestellt lassen. Es genügt für unsere Zwecke vollkommen, aus § 810 das Prinzip herauszuziehen, dass an ungetrennten Pflanzen eines Grundstücks ein besonderer Besitz als möglich betrachtet wird. Hieraus folgern wir, dass auch Bäume als solche gesondert von der Mutterfläche besessen werden können.

---

[1]) Voss, Archiv für civilistische Praxis Bd. 66 S. 173: „Man kann aus der alleinigen Tatsache, dass die deutsche C.P.O. den die Pfändung vollziehenden Akt als Besitznahme bezeichnet, nicht folgern, dass hiermit die Ergreifung der *vera rei possessio* . . . vorausgesetzt sei . . . Besitz des Gerichtsvollziehers lässt sich überhaupt nicht den civilrechtlichen Besitzformen einreihen".

[2]) Struckmann-Koch, Petersen-Anger, Wilmowski-Levy, Kommentar zu § 810 bezw. 714 (a. F.) C.P.O.

[3]) Dies steht mit der zitierten Entscheidung des O.L.G. Posen nicht in Widerspruch, da in dieser nur von Rechten die Rede ist.

[4]) Civilprozess zu § 714 a. F.

Kniep,[1]) der die Pfändung von stehenden Bäumen bespricht, hält freilich auch hier aufrecht, was er über den Sonderbesitz von Bäumen gesagt hatte: Der Gerichtsvollzieher könne nicht anders pfänden, als durch Besitznahme der gesamten Fläche, auf welcher sich die Pfandsachen befinden. Zuzugeben ist, dass der Gerichtsvollzieher oftmals nicht anders als in der von Kniep gewiesenen Art die Pfändung bewirken kann. Es ist dies jedoch nicht immer das einzige Mittel: z. B. kann er die Pfändung und entsprechende Besitznahme kund tun durch Anbringung von Pfandtafeln, die deutlich sichtbar jeden davon unterrichten, dass die in ihnen benannten Gegenstände sich im Besitz des Gerichtsvollziehers befinden. Man denke sich den Fall, dass zu einem als Sommerwohnung dienenden Hause der dazu gehörige Obstgarten den Sommergästen zu ihrem Aufenthalt mit vermietet ist: Sollte hier der Eigentümer, gegen den in das hängende Obst vollstreckt wird, wirklich dulden müssen, dass der Gerichtsvollzieher einfach den Schlüssel vom Obstgarten abzieht, so dass dem Eigentümer, der bereits in Schulden steckt, von Seiten der Mieter nunmehr neue Schwierigkeiten drohen? Unseres Erachtens hat der Gerichtsvollzieher in der Weise zu pfänden, dass dadurch, soweit dies irgend angängig, der Vermieter in seiner Rechtslage nicht mehr beschränkt wird als nötig, im gestellten Falle die Mieter sich fernerhin im Garten ergehen können. Durch die Anbringung von Pfandtafeln ist eine neue Rechtssphäre gebildet und gekennzeichnet, von der sich jeder Unbefugte fernzuhalten hat. Diese Kenntlichmachung mit diesem in negativer Weise wirkenden Erfolge gegenüber dritten Personen ist aber die Begründung des Besitzes an den dadurch gepfändeten Erzeugnissen.

[1]) S. 145 a. a. O.

§ 9.

Teilbesitz: c) historisch begründet.

Endlich scheint uns aber auch der historische Zusammenhang zu unserer Auslegung des § 865 B.G.B. zu berechtigen, welcher uns insbesondere auf die Besitzesregeln des A.L.R. verweist: In der dem Reichstag zur sogenannten Reichtagsvorlage beigegebenen Denkschrift[1]) heisst es ausdrücklich zunächst im allgemeinen auf den Besitz bezüglich: „Der dem Besitz gewidmete Abschnitt . . . regelt im wesentlichen nur den Besitzschutz. . . . Indem der Entwurf diesen Schutz gewährt, ohne Unterschied, ob der Besitz auf einem dinglichen oder obligatorischen Rechtsverhältnis beruhe, . . . folgt er der neueren Rechtsentwicklung (vergl. Preuss. A.L.R. I 7 §§ 6, 9, 141, 144—147 . . .)“ Ferner insbesondere auf den Teilbesitz verweisend: „Mit Rücksicht auf die Wichtigkeit der in Betracht kommenden Fälle stellt der § 849 klar, dass auch derjenige, welcher nur einen Teil einer Sache besitzt . . . . sowohl gegenüber den Besitzern der anderen Teile der Sache, als auch gegenüber Dritten nach Massgabe der §§ 842—848 Besitzesschutz geniesst.“ Der in der Reichstagsvorlage mit 849 bezeichnete Paragraph ist im Gesetz mit 865 benannt. Eine erschöpfende Auslegung dieses Paragraphen ist nun unseres Erachtens nur auf Grund des von der Denkschrift gewiesenen Weges, nämlich des historischen Ursprungs aus den bezeichneten Gesetzesvorschriften des A.L.R. möglich. „§ 6. Wer eine Sache oder ein Recht, zwar als fremdes Eigentum, aber doch in der Absicht, darüber für sich selbst zu verfügen, in seine Gewahrsam über-

[1]) Drucksache ad 87 des Reichstags 1896/1897 S. 106.

nommen hat, der heisst ein unvollständiger Besitzer.“ „§ 141. Gegen Gewalt muss jeder Inhaber und Besitzer geschützt werden.“ Nachdem bereits ferner die §§ 61—64 ht. in der Besprechung der Landsbergschen Ansicht erörtert worden sind, sei hier ergänzend hinzugefügt, dass die oben bereits in Bezug genommene und als grundlegend für diese Entwicklung bezeichnete Entscheidung[1]) ausdrücklich von Theorie und Praxis anerkannt worden ist. So in Entscheidungen des Obertribunals, abgedruckt in Striethorsts Archiv Band 56 S. 95, Band 65 S. 98. Ferner ist sie noch in neuester Zeit ausdrücklich anerkannt worden vom Reichsgericht, s. Gruchot Band 38 S. 946, wo ausgeführt ist, das der beregte Grundsatz stets in der Praxis festgehalten worden ist.

Die zufolge der Denkschrift als Ausgangspunkt für die Grundsätze des Besitzschutzes zu bezeichnenden Vorschriften des A.L.R. erkennen also einen Sonderbesitz an Bäumen an, so dass, falls § 865 dieser Auslegung nicht widerspricht, was, wie bereits festgestellt ist, nicht der Fall ist, derselbe der historischen Entwicklung gemäss dahin zu erklären ist, dass auch nach ihm unbedingt ein Sonderbesitz an Bäumen auf dem Stamm möglich ist. Das aber ist festzuhalten, dass trotz der Uebergabe das Eigentum beim Verkäufer bleibt; die Wirkung der Uebergabe besteht nur im Wechsel der Gefahrlage.

§ 10.

Der Erwerb des Eigentums an den Bäumen.

Nach obiger Feststellung, dass Uebergabe der stehenden Bäume möglich ist, ergibt sich weiter die Frage nach den Umständen, durch welche der Ueber-

[1]) Entsch. des Ober-Tribunals Bd. 11 S. 201 ff.

gang des Eigentums herbei geführt wird. Soviel steht fest, dass der Käufer nur dann Eigentümer der Bäume werden, überhaupt nur dann ein Recht an den Bäumen erwerben kann,[1]) sobald sie nicht mehr anstehen. Hier ist ganz besonders der von Kramer in „Das Recht“ VI S. 609 gemachten Behauptung, dass der blosse Abschluss des Kaufvertrages dingliche Wirkung für den Käufer in der Weise habe, dass er bereits ein suspensiv bedingtes Eigentum erwerbe, und dass er auf Grund desselben, also auch ohne dass ihm übergeben ist, gemäss § 771 C.P.O. ein die Veräusserung hinderndes Recht habe, entgegen zu treten. Kramer begründet seine Ansicht dahin: Zwar ist sofortige Uebertragung des Eigentums auf Grund der §§ 93, 94 B.G.B. unmöglich. Aber da nach § 133 B.G.B. der Verkäufer zur Erfüllung verpflichtet und die Unmöglichkeit zu beseitigen sei, so bestehe der Vertrag unter der Bedingung der Trennung der Früchte weiter. Nach B.G.B. § 161 sei aber jede freiwillige oder zwangsweise Verfügung über den betroffenen Gegenstand dem Berechtigten gegenüber unwirksam. Demnach sei eine Pfändung stehender Früchte, die verkauft seien, dem Käufer derselben gegenüber unwirksam, und unterliege der Gläubiger des Grundeigentümers im Interventionsprozess.

Diese Beweisführung ist falsch: die für sie grundlegende Voraussetzung ist falsch: nämlich dass der Verkäufer unter einer Bedingung verpflichtet sei. Die hier von den Parteien erwartete Tatsache, dass die Unmöglichkeit sofortiger Erfüllung beseitigt werde, ist keine Bedingung in juristischem Sinne! Eine solche wäre das Setzen eines derart ungewissen künftigen Umstandes, dass von dessen Eintritt durch den Partei-

[1]) cfr. § 8 S. 24 der Arbeit.

willen eine rechtsgeschäftliche Wirkung abhängig gemacht wird. Hier verbindet aber das Gesetz in zwingender Weise die Unmöglichkeit des Eigentumsüberganges. § 161 B.G.B. bezieht sich aber nur auf Parteibedingungen, nicht auf sogenannte *condiciones iuris,* die gar keine eigentliche Bedingungen sind.[1] [2])

Es fragt sich nur, genügt der Eintritt der Trennung bereits, oder müssen noch weitere Tatsachen hinzutreten? Hier geht nun das B.G.B. weit über das gemeine Recht hinaus: nach diesem wurde mit der Trennung der Früchte nur der Grundeigentümer und die ihm ähnlich Berechtigten, der Emphyteuta und Superfiziar, Eigentümer derselben; der Niessbraucher und erst recht der nur obligatorisch berechtigte Pächter dagegen erst mit der Besitzergreifung derselben beziehungsweise deren Perzeption. Das B.G.B. hat zwar das dieser Regelung zu Grunde liegende Substanzialprinzip beibehalten, zum Leidwesen der germanistischen Wissenschaft, die sich tatkräftig um Aufnahme des deutschen Produktionsprinzips bemühte; aber mit der erheblichen Weiterentwicklung, dass auch Niessbraucher und Pächter schon mit der Trennung der Früchte Eigentum erwerben, der Pächter: vorausgesetzt, dass er im Besitz der Hauptsache ist. So nach § 956 A. 1. S. 1. Der Satz 2 enthält eine noch bedeutsamere Weiterentwicklung, über die jedoch erst an anderer Stelle die Rede ist. § 956 A. 1 S. 1 lautet: „Gestattet der Eigentümer einem anderen, sich Erzeugnisse oder

[1]) Hauptsächlich aus demselben Grunde tritt auch Rich. Fuchs in „Das Recht“ VII S. 38 der Kramerschen Meinung gegenüber.

[2]) Der obligatorisch auf Fruchtbezug Berechtigte kann allerdings der Pfändung durch Gläubiger des Eigentümers entgegentreten, aber nur, wenn er im Besitz der Sache ist; dies indessen nicht gemäss § 771, sondern § 766 C.P.O.; cfr. Franke bei Busch Bd. 28 S. 146.

sonstige Bestandteile der Sache anzueignen, so erwirbt dieser das Eigentum an ihnen, wenn der Besitz der Sache ihm überlassen ist, mit der Trennung, andernfalls mit der Besitzergreifung.“ Diese Vorschrift unterscheidet also zwei Fälle:

a) Der Gestattende hat den Besitz der Hauptsache nicht übertragen. Der Aneignungswillige erwirbt hier erst mit der Besitzergreifung sc. nach der Trennung der Erzeugnisse.

b) Der Gestattende hat dem Aneignungswilligen den Besitz der Hauptsache übertragen.

Hinsichtlich der oben besprochenen Uebergabe der Bäume als solcher sehen wir also, dass sie hier keine besondere Berücksichtigung gefunden hat, dass die Art des Eigentumserwerbes durch den Baumbesitzer sich dem Wortlaut nach also dem Fall a) unterreiht. Fürwahr, ein recht sonderbares Resultat! Der Käufer, der die Bäume vom Verkäufer übergeben bekommen und in Empfang genommen hat, erwerbe das Eigentum derselben mit der Besitzergreifung! In Anbetracht dieses scheinbar nicht wegzudeutenden Ergebnisses sagt man sich von vornherein, dass, da der Käufer die Bäume eben durch die Uebergabe bereits besitzt — nicht also noch einmal davon Besitz ergreifen kann — er sie bereits wie im Falle b) mit der Trennung, dem einzigen seinem Eigentumserwerb noch entgegenstehenden Hindernis aus den §§ 93, 94, erwerben muss.

Man wende nicht ein, mit der Trennung der Sache habe der alte Besitz aufgehört, es handle sich hier um eine ganz neue Sache, die tatsächlich erst in Besitz genommen werden müsse; es sei nur Zufall, dass hier Trennung und Besitzergreifung zusammen stattfänden. Aber nicht durch die Trennung sei Käufer Eigentümer

der Bäume geworden, sondern dadurch, dass er getrennt und auf diese Weise an der neuen selbständigen Sache Besitz ergriffen habe. Dies wäre eine Verkennung der Tatsachen auf Grund einer irrigen Auffassung über den Besitzzustand. Im römischen Rechte würde ein solcher Einwand vielleicht einer gewissen Begründung nicht entbehren, da der Besitzwille hier ein wesentliches Moment des Besitzes war; der Wille zu herrschen hatte sich bisher aber nur auf einen Sachteil bezogen, auf die neue Sache kann er sich erst beziehen, wenn man von deren Existenz überhaupt Kenntnis hat. Im B.G.B. gibt es aber solche Erwägungen nicht, da als alleiniges Kriterium die tatsächliche Gewalt in Betracht kommt. Besteht diese an dem Sachteil, so besteht sie zunächst auch nach der Trennung noch weiter an der nun selbständig gewordenen neuen Sache. Ein neuer Besitzerwerb hat demnach während oder nach der Trennung durch den Käufer nicht stattgefunden: Es bleibt also nichts übrig, als dass Käufer *durch*, nicht zufälligerweise *bei* der Trennung Eigentümer der Bäume geworden ist. — Obwohl die Entscheidung dieser Frage für diesen Fall von keinerlei praktischer Bedeutung ist, dem Käufer ist es sehr gleichgültig, ob die Trennung oder der Besitz ihn zum Eigentümer gemacht haben, — so kann sie doch von erheblicher Bedeutung werden z. B. wenn die Bäume durch Sturm, Wasser, Blitz oder gar unbefugte Dritte getrennt werden: Wird hier der Grundeigentümer oder der Käufer Eigentümer der Bäume? Stellt man sich hier auf den zurückgewiesenen Standpunkt des neuen Besitzes an der neuen Sache, so wird der Grundeigentümer Eigentümer der Bäume; stimmt man uns zu, so entscheidet nur die Trennung, und der Käufer wird Eigentümer.

Dieses Resultat werden wir unter Heranziehung der allgemeinen Grundsätze über Eigentumsübertragung,

ferner aus dem Sinn und der *ratio* des § 956 zu erweisen suchen, eine Auslegung, die zwar *praeter legem* aber angesichts der dargestellten Verhältnisse uns unumgänglich erscheint. Bei diesem Unternehmen dürften wir uns wohl in Uebereinstimmung mit Kipp befinden, der in seiner Ausgabe der Pandekten Windscheids nach einer allgemeinen Inhaltsdarlegung des § 956 A. 1 S. 1 sich etwa dahin ausspricht, dass die Unterscheidung, ob der Aneignungswillige die Hauptsache besitzt oder nicht „angesichts des § 865 nicht schlechthin richtig" sei, eine Bemerkung, zu der von Kipp weiter auf die Ausführungen über den Besitz an Teilen, unter die auch stehende Bäume fallen, verwiesen wird. Bd. I S. 619, 855.

§ 11.

Fortsetzung.
Allgemeine Grundsätze im § 956.

Zunächst betrachte man den juristischen Inhalt der Gestattung der Aneignung, etwa am Beispiel eines Kaufs, das uns dazu am geeignetsten erscheint: Der Verkäufer hat die Pflicht, dem Käufer die Sachen zu übergeben, so dass es ihm obliegt, für die Trennung der Bäume Sorge zu tragen. Da es natürlich völlig gleich ist, von wem er die Trennung vornehmen lässt, so kann er es auch vom Käufer tun lassen, beziehungsweise diesem beim Kaufpreis dessen Unkosten dafür in Anrechnung bringen. Hieraus ergibt sich, dass dieser Gestattungsvertrag weiter nichts ist, als die gewöhnliche Uebergabe[1]) mit einem Nebengedinge, etwa wie beim Fernkauf das Versendungsgedinge.[2])

[1]) Von den Quellen daher Quasitradition genannt.

[2]) Im Gegensatz zu der gesamten Lehre steht v. Blume, Iherings Jahrbücher Bd. 39 S. 438 ff.

Nach dieser Feststellung des juristischen Inhalts der Gestattung der Aneignung haben wir nunmehr aus den im § 956 gegebenen Tatbeständen das ihm zu Grunde liegende Prinzip zu ermitteln, wobei wir, um eine konkrete mit der historischen Entwicklung übereinstimmende Darstellung zu bringen, von der Pacht auszugehen haben. — Da nun zur Tradition gehört 1. der dingliche Vertrag oder vielmehr, wie nach langen Auseinandersetzungen der Kommission endlich beschlossen wurde,[1]) Einigung der Parteien über den Eigentumsübergang und 2. die Uebergabeerklärung einer- und die Annahmeerklärung andererseits, so sind nunmehr diese Elemente des Eigentumsüberganges in den Fällen des § 956 blosszulegen: In der Gestattungserklärung des Veräusserers liegt 1. der Antrag, in der entsprechenden Gegenerklärung des Erwerbers dessen Annahme, dass das Eigentum übergehen soll — dingliche Einigung. — Diese Annahmeerklärung braucht natürlich nicht sofort abgegeben werden; beim Abschluss eines obligatorischen Vertrages indessen, der auf diese Gestattung geht, ist der dingliche Vertrag im obligatorischen bereits enthalten; 2. liegt in der Gestattungserklärung die Erklärung des Willens, sich des Besitzes der Sache zu entschlagen, damit der andere ihn erwerben könne.

Die Konstruktion dieses Gestattungsvertrages ist allerdings nicht von allen Schriftstellern in dieser Weise ausgeführt worden. In der Hauptsache sind hierbei zwei Gruppen zu unterscheiden: diejenigen Schriftsteller, die den Fruchterwerb des obligatorisch dazu Berechtigten für originär und die, welche ihn für derivativ erklären. — Für diese scharfe Gegensätzlichkeit ist hauptsächlich die Tatsache von Be-

[1]) Reatz, Bd. I S. 422.

deutung, dass die Gestattung des § 956 sowohl den Eigentumserwerb des Pächters als auch den des Käufers, Beschenkten usw. umfasst, und manche Schriftsteller den Eigentumserwerb des Pächters abweichend von der herrschenden Lehre für originär erklären; so insbesondere v. Blume und Enneccerus-Lehmann. Den Eigentumserwerb nach § 956 erklären für originär Hellmann in „Das Recht“ 1901 S. 417, 532ff, Harburger daselbst S. 484ff, Richard Fuchs daselbst 1903 S. 39, Franke in Buschs Zeitschr. f. Civilprozess Band 28 S. 139ff, Enneccerus-Lehmann in das bürgerliche Recht II S. 135. Im Gegensatz hierzu sind für derivativen Erwerb, soweit sich überhaupt andere massgebliche Schriftsteller eingehender mit dieser Konstruktion beschäftigen, Matthiass in seinem B.G.B., Kohler im civil. Archiv für bürg. Recht Band 18, Endemann, Cosack, Dernburg, Planck usw. in ihren Schriften über das B.G.B. In Bezug auf die erstgenannte Gruppe seien aber als zur letzteren Lehrmeinung gehörig noch angeführt: Jacubezky in „Das Recht“ 1902 S. 4ff, Lange, Dissertation „Erwerb von Erzeugnissen usw.“, endlich Auffenberg, Dissertation „Der Fruchterwerb des Pächters usw.“ Eine besondere Stellung nimmt hierzu v. Blume in „Blätter für Rechtsanwendung“ Band 67 S. 102ff u. 113ff ein.

Hellmann a. a. O. S. 420 verwirft die Tradition, ausgehend von der Pacht, indem er ausführt, dass hier in Konsequenz dieser Lehre der Pächter in vielen Fällen Eigentum erwerbe, ohne dass eine Tradition auch nur dem Anscheine nach vorliege z. B. bei Diebstahl oder Windbruch. Hellmann übersieht aber hierbei, dass Besitz nach B.G.B. ein völlig anderer Begriff ist als nach gemeinem Recht; die Traditionsofferte — die im Pachtvertrag enthalten ist — muss sich allerdings auf eine individuell bestimmte Sache beziehen: Was

hindert es aber, dass dieselbe eine Sachgesamtheit ist, wie hier die Gesamtheit der Erzeugnisse, auf die sich die Pacht bezieht. Von der Einzelsache braucht aber der Erwerber keine Vorstellung zu haben; wenn er sie nur wirklich besitzt! Wie denkt sich endlich Hellmann die Konstruktion des hier besprochenen Kaufs? Gerade darin scheint uns die Probe auf die richtige Konstruktion zu liegen, dass sie sowohl für Pacht als für Kauf passt, da beide Verträge ohne Unterscheidung von § 956 umfasst werden. — Dasselbe ist auch Harburger entgegenzuhalten, der in der Gestattung der Aneignung materiell etwas anderes sieht, als die Uebergabe mit dinglicher Einigung, während wir es in obigen Ausführungen bereits als rein formelle Unterscheidung darlegten. Auch Enneccerus-Lehmann a. a. O. und im Anschluss an ihn Richard Fuchs a. a. O. gehen einseitig von der Pacht aus; Lehmann hält das Recht des Pächters sogar für ein dingliches Recht. Wir entgegnen ihm hierauf mit Crome — Iherings Jahrbücher Band 37 S. 33 — dass die Entstehung eines dinglichen Rechts mit der Besitzübergabe nichts zu tun hat. Im übrigen hat gerade Lehmann gegen die Konstruktion als derivativen Erwerb nichts Stichhaltiges einzuwenden, wenigstens nichts Sachliches; er erklärt sie sogar für möglich, wenn auch gekünstelt. Endlich will Franke den Eigentumserwerb des Pächters auf ein Aneignungsrecht wegen *cura et cultura* zurückführen. Abgesehen davon, dass auch hier alle Möglichkeiten des § 956 nicht berücksichtigt sind, kann für diese Meinung keinerlei gesetzliche Grundlage festgestellt werden.

Uns scheint schon rein äusserlich, wie gesagt, eine sämtlichen Gestattungsgründen gemeinsame Konstruktion des Eigentumserwerbs gemäss § 956 notwendigerweise ermittelt werden zu müssen. Der Weg hierzu scheint uns eine Feststellung darüber notwendig

zu machen, ob der Eigentumserwerb des Pächters anders konstruiert werden muss als der des Käufers, Tauschenden, Beschenkten. In Uebereinstimmung mit der herrschenden Lehre, im Gegensatz insbesondere zu Blume — Iherings Jahrb. Band 39 S. 433ff. und Bl. f. Rechtsanwendung Band 67 S. 114ff. — sind wir der Ansicht, dass eine derartige Differenzierung unmöglich ist, dass vielmehr auch der Pächter im letzten Grunde durch Tradition erwirbt. v. Blume ist bei seiner Auslegung des § 956 nicht einseitig, er berücksichtigt sowohl den Pächter wie den Käufer; er deduziert aber, dass dieser juristisch auf ganz anderem Wege zu Eigentum gelange wie jener. Hierin scheint uns aber angesichts des Gesetzes ein wesentlicher Mangel zu liegen: § 956 kennt nur obligatorisch Berechtigte, aber keinen Käufer und keinen Pächter. Wir halten es daher für falsch, das Gesetz auseinander zu zerren: Es will eben diese Unterscheidung nicht. Es will im Gegenteil für alle ihm unterliegenden Tatbestände die gleiche Konstruktion. Der Eigentumserwerb des Pächters wurde schon im gemeinen Recht auf Tradition zurückgeführt, indem man von einem fortdauernden Konsens des Pächters sprach. Die Perzeption des Pächters wird nicht nur als tatsächlicher, sondern auch als juristischer Vorgang aufgefasst, indem die Besitzergreifung erst dann zur Perzeption wird, wenn die *voluntas domini* hinzutritt, bezw. permanent vorhanden ist.[1]) Diese Konstruktion steht auch mit dem B.G.B. völlig im Einklang; insbesondere ist die Permanenz des Konsenses dem Sinne nach genau dasselbe, wie „die Einigung" der Parteien im B.G.B.: Beides kann

[1]) Benscher, Dissertation, Eigentumserwerb an Früchten S. 19 f.; Nuss, Dissertation, Die rechtlichen Beziehungen usw. S. 19 f.; Auffenberg, Dissertation, Fruchterwerb des Pächters S. 13 ff.; im übrigen siehe Literatur S. 45 der Arbeit.

lange Zeit vor dem Eigentumsübergang erklärt werden; beides kann nachträglich rückgängig werden und verhindert dann den Eigentumsübergang.[1]) Uns scheint demnach § 956 in vollem Umfang abgeleiteten Erwerb darzustellen, und ist dieses Resultat nach unserer Ansicht als der einzig richtige Ausgangspunkt für die Konstruktion des § 956 angenommen worden. Diesem entsprechend konstruieren auch namentlich die Motive und die Protokolle zum B.G.B.

Indessen bestehen unter den Schriftstellern, die im § 956 einen derivativen Erwerb anerkennen, mannigfache Meinungsverschiedenheiten in Einzelheiten. Namentlich darüber, ob eine wirkliche oder eine *quasi traditio* vorliegt. So Lange a. a. O. S 59, v. Blume Bl. f. Rechtsanw. Bd. 67 S. 116; Jacubezky a. a. O. lässt dies dahin gestellt. Andere betreffen hingegen den Moment, in welchem der dingliche Vertrag abgeschlossen ist. Die Motive sagen:[2]) „Für den dinglichen Vertrag wird . . . . . bestimmt, dass die Ueberlassung der Inhabung der fruchttragenden Sache als eine Vertragsofferte zu behandeln ist, welche . . .“ Kohler[3]) unterscheidet nach den beiden Fällen des A. 1: Hat der Grundeigentümer den Besitz der Hauptsache nicht übertragen, so „gibt der Verpächter im Pachtvertrag das Traditionsangebot ab und erklärt damit seine Zustimmung zum Besitzerwerb des Pächters, er gibt in gleicher Zeit ein Angebot ab in Bezug auf den dinglichen Vertrag.“ Ferner: „Ein grundsätzlich anderes Gesicht nimmt die Sache nach dem B.G.B. an, wenn Erwerber Besitzer der Hauptsache ist. In diesem Falle hat die Traditionserklärung nicht bloss

---

[1]) Siehe darüber auch § 13 dieser Arbeit.

[2]) Bd. III S. 368.

[3]) Archiv für bürgerliches Recht Bd. 18 S. 107 ff.

den Charakter einer blossen Offerte, vielmehr ist der dingliche Vertrag sofort perfekt . . . . .“ Während Kohler nur im letzten Falle den sofortigen Abschluss des dinglichen Vertrages anerkennt, dürften sich wohl unsere Darlegungen in Uebereinstimmung mit der Lehrmeinung von Matthiass[1]) befinden, welcher ausführt: „Der dingliche Vertrag, d. h. die von dem Bezugsberechtigten angenommene Gestattung der Aneignung liegt in dem obligatorischen Vertrag perfekt vor; in ihm ist auch der widerrufliche Antrag des Eigentümers zum Uebergabe-Vertrage enthalten, der durch die Besitzergreifung perfekt wird . . . . Der in der Ueberlassung des Besitzes noch schärfer hervortretende Antrag des Veräusserers ist unwiderruflich . . . . .“ Während z. B. beim Kauf die Gestattung nicht sofort beim Abschluss beredet zu werden braucht, bildet sie bei der Pacht unbedingt stets den Inhalt des obligatorischen Vertrages, da die Pacht eben auf Gestattung für den Pächter geht. Die Gestattung ist endlich stets schon der dingliche Vertrag selbst, wenn sie auf Grund eines Kaufes zwecks Erfüllung desselben seitens des Verkäufers mit Zustimmung des Käufers gewährt wird. — Der Eigentumserwerb im Falle a) deckt sich im Resultat völlig mit dem römischen Recht,[2]) anders scheinbar im Falle b), in dem der besitzende Aneignungswillige *ipso iure* mit der Trennung Eigentümer wird. So grundverschieden dies aber dem Anscheine nach vom B.G.B. ist, so wenig ist dies der Wirklichkeit nach der Fall; ja man kann sogar sagen, dass die Regeln über Eigentumsübertragung durch Tradition keiner Aenderung unterworfen worden sind;

[1]) a. a. O. Bd. II § 24, V; Auffenberg S. 49.

[2]) Buhl, Recht des B.G.B. in Einzeldarstellungen Bd. XII S. 50; die Theorie über die Permanenz des Konsenses siehe ausgeführt bei der Unwiderruflichkeit; Auffenberg S. 49.

da sich vielmehr die Grundlagen dieser Lehren geändert haben, nämlich die Rechtssätze über den Besitz, so ist die Tradition nur dementsprechend gestaltet worden: Mit der Trennung tritt nämlich die Frucht als solche in die unmittelbare tatsächliche Gewalt — den Besitz — des Pächters, der die Muttersache besitzt,[1]) womit den Erfordernissen der Tradition genügt ist. Man halte nicht entgegen, dass die Bestimmung des § 867 beweist, dass durch das Sichbefinden der getrennten Frucht auf dem vom Pächter besessenen Gute noch keine tatsächliche Gewalt erwiesen ist: Freilich, wird ein vom Nachbargrundstück hinübergewehtes Kleidungsstück oder von daher verirrtes Huhn nicht als im Besitz des betreffenden Pächters erachtet werden können, weil jedermann leicht ersichtlich sein wird, dass diese Gegenstände in keiner Beziehung zum Gutshof stehen; wenn aber unter dem Baum Obst liegt, so wird die Zugehörigkeit zu dem Baum und damit zu dem oder doch einem Berechtigten niemandem zweifelhaft sein; und das ist Besitz, dass die fremde Rechtssphäre erkennbar hervortritt. — Also auch hier ist das Traditionsprinzip gewahrt. — Mit Recht ist daher von Jacubezky, Harburger und Blume (Bl. f. Rsanw.) erklärt worden, dass die §§ 956, 957 in den §§ 929, 932 eine Parallele haben; damit ist nicht gesagt, dass sie das Gleiche, also 956, 957 ein *superfluum* enthalten. Es ist somit als durchaus zutreffend zu bezeichnen, wenn vielfach in der Literatur behauptet wird,[2]) der § 956 enthielte gar keine besondere Erwerbsart, sondern nur eine spezielle Anwendung allgemeiner Grundsätze über den Eigentumserwerb, die um so lieber hier besonders dargestellt wären, als da-

[1]) Enneccerus-Lehmann II S. 187, 4.

[2]) Planck zu § 956; Motive III zu § 901/902.

durch die Lehre vom Fruchterwerb einheitlich zusammengestellt sei. Und diese Tatsache, dass sowohl die Struktur des Paragraphen als auch die darauf bezügliche Literatur bestätigen, dass, wenigstens durch den S. 1, keine neuen Rechtsregeln aufgestellt seien, glauben wir, rechtfertigt unsere *praeter legem* aufgestellte Behauptung, dass die Trennung der massgebende Umstand für den Erwerb des Eigentums der sonderbesessenen Bäume ist.

§ 12.

Fortsetzung. *ratio* des § 956.

Die von uns behauptete Auslegung steht aber auch völlig im Einklang mit der *ratio* unseres Paragraphen, wie sie auf Grund des historischen Entwicklungsganges bis zu seiner heutigen Fassung sich erkennen lässt.

Der Vorentwurf von Johow brachte, wie im allgemeinen, so auch hier, im § 155 fast reines römisches Recht: Der obligatorisch zur Fruchtziehung Berechtigte erlangte Eigentum nur mit der Besitzergreifung. Zwar war der erste Entwurf schon etwas moderner gehalten; doch auch noch gegen dessen Fassung erhob sich ein — fast könnte man sagen: bitter geführter — Kampf seitens der germanistischen Wissenschaft:[1]) Man stellte auf, dass der deutsche Grundsatz vom verdienten Gut alle Berechtigung habe, der römische Grundsatz dagegen für unser Wirtschaftsleben unverständlich, fremd

[1]) Insbesondere Gierke, Entwurf eines B.G.B. und das deutsche Recht in Schmollers Jahrbüchern für Gesetzgebung XIII S. 317 u. a. m. — Ebenso Dickel, Klöppel, siehe Gutachtliche Aeusserungen Bd. III S. 175; fernereben dort „Die Verhandlungen des Preuss. Land.-Oek.-Kolleg."; Auffenberg S. 48 ff.

und daher unbrauchbar wäre; Eigentum an den Pflanzen müsse der erwerben, welcher sie gepflanzt und gepflegt habe, und dies müsse ihm von vornherein in der Weise sicher gestellt werden, dass er ihr Eigentümer bereits dann werde, wenn sie in äusserlich wahrnehmbarer Gestalt hervortreten würden. Namentlich aber nahm Gierke in seiner herben Kritik an dem so undeutschen I. Entwurf und dessen Begründung so energisch für die deutschen Rechtsgedanken Stellung, dass die ursprünglich vorgeschlagene Fassung geändert werden musste und man eine Durchführung römischer Prinzipien zu Gunsten deutscher Rechtsgedanken aufgab. So wurde nicht nur die Trennung zum entscheidenden Umstand des Eigentumsüberganges bei Pächter und Niessbraucher, man fügte vor allem die Vorschriften des heutigen § 957 zu Gunsten des gutgläubig Früchte Erwerbenden ein,[1]) womit immerhin dem deutschen Rechtsgedanken weit entgegen gekommen wurde. Jedoch zu seiner von den Germanisten verlangten völligen Uebernahme konnte man sich infolge der damit verbundenen wirtschaftlichen Komplikationen nicht entschliessen. Dagegen war die Trennung als massgebender Gesichtspunkt sowohl gegenüber dem römischen als auch dem deutschen Recht das gesündeste Ergebnis für die neue Kodifikation: Denn ohne die Klarheit der Eigentumsverhältnisse zu schädigen, wie das A.L.R., kam so der der Praxis überaus wohltätige Inhalt des deutschen Rechts in das Gesetz hinein. Und man tat dies um so leichteren Herzens, als sich, wie oben gezeigt, die gesetzgeberische Verwertung deutschen

[1]) Ueber den Umfang der Geltungskraft des § 957 herrscht im Anschluss an Cosack, B G.B. II S. 136 — der Witzbold, der Trauben eines fremden Weinbergs oder die Keule eines gestohlenen Rehes veräussert — Streit zwischen Hellmann, Harburger und Jacubezky a. a. O. Derselbe mag als hier unerheblich dahin gestellt bleiben.

Verständnisses für den Arbeitswert mit dem auf moderner Grundlage fortentwickelten Traditionsprinzip in eine logische Gliederung sehr wohl bringen lässt.

Diese Regelung ist also insbesondere auch auf deutsche Wirtschaftsverhältnisse zugeschnitten, in denen Miete und Pacht eine viel grössere Rolle spielen als bei den Römern, wo nur kleine Leute[1]) Mieter und Pächter waren.[2]) Kann dem Pächter auch nicht von vornherein das Eigentum an der Frucht seiner Hände Arbeit zugesprochen werden, so verlangen unsere modernen Ansichten doch mindestens, dass sein Eigentumserwerb nicht verzögert werde und in genügender Weise gesichert sei, so dass ihm vor allem auch eine eventuelle Rechtsverfolgung nicht dadurch erschwert werde, dass er sie erst durch Abtretung der Ansprüche des Grundeigentümers aufzunehmen im stande ist. Diesen Geboten der modernen Wirtschaftsgrundsätze, in denen der Satz, dass Zeit Geld sei, keine kleine Rolle spielt, folgt das Gesetz, indem es seinen erleichterten Eigentumserwerb jedem obligatorisch Berechtigten, wie gezeigt, gewährt, so dass damit tatsächlich in weitem Umfang eine grössere Rechtssicherheit gegenüber dem gemeinen Recht begründet worden ist. Nunmehr ist der Erwerbsberechtigte, der die Sache in seiner Gewalt hat, im Erwerb seines Eigentums nicht mehr abhängig von den Zufällen oder Bosheiten, die ohne oder gegen seinen Willen die Trennung herbeiführen und ihn bei einem Diebstahl dieses getrennten Guts von der Gefälligkeit oder Schwerfälligkeit seines Autors abhängig machen.[3]) Der Käufer von Bäumen, dem, um diese zu übergeben, die ganze Forstparzelle

---

[1]) Crome, System des B.G.B. II § 242.

[2]) Enneccerus-Lehmann II S. 184[2].

[3]) Siehe hierüber Nuss, Dissertation, „Die rechtlichen Beziehungen zwischen usw." an zahlreichen Stellen, insbesondere § 27.

übergeben ist, wird also Eigentümer der von Dieben gefällten Bäume; sind ihm aber nur die Bäume selbst übergeben, und es gelingt, einen Baum unbemerkt vom Hüter davon zu schaffen, so kann der Käufer den Dieb nicht mit dem Eigentumsanspruch verfolgen? Oder der Eigentümer des *fundus* nimmt den Stamm den Dieben weg und behält ihn? Man sieht, dies Resultat kann neben den genannten Fällen nicht das Richtige sein; es ist absolut kein Grund ersichtlich für diese unterschiedliche Behandlung des Baum- vom Flächenbesitzer. Vielmehr erstreckt sich die *ratio* des B.G.B., den Eigentumserwerb gegen Zufälle und Unbilligkeiten oder Chikanen des Grundeigentümers sicher zu stellen, auch auf diesen Fall, so dass es uns nicht zweifelhaft erscheint, auch nach der historisch und wirtschaftlich gegebenen *ratio* des § 956 A. 1 S. 1 dem Sonderbesitzer der Bäume mit deren Trennung Eigentum zuzusprechen.

§ 13.

Ist S. 2 des A. 1 § 956 auf den die Sachteile besitzenden Käufer auszudehnen?

Der bezogene Satz 2 lautet: „Ist der Eigentümer zu der Gestattung verpflichtet, so kann er sie nicht widerrufen, solange sich der andere in dem ihm überlassenen Besitze der Sache befindet.“ Also auch diese Vorschrift berücksichtigt unsern Fall des Sonderbesitzes nicht, und auch hier fragen wir nach der eventuellen Rechtslage des Käufers.

Würden wir auf dem von v. Blume[1]) a. a. O. vertretenen Standpunkt stehen, nämlich: Der Satz 2 ist eine überflüssige Vorschrift, da sie Selbstverständliches

[1]) a. a. O. S. 462.

sage, so müssten wir eine Unwiderruflichkeit auch in unserm Falle annehmen, da nach Blume die Gestattung, als ein Teil der Eigentumsübertragung, gewissermassen „der erste Akt des dinglichen Rechtsgeschäfts“ sei, und dieser überhaupt nicht rückgängig gemacht werden könne, gleichviel ob die Gestattung mit Besitz der Hauptsache verbunden sei oder nicht. Zu diesem Resultat gelangt er hauptsächlich auf dem Wege einer von der herrschenden Lehre weit abweichenden Erklärung des Eigentumserwerbs des Pächters: Während derselbe sich nach der herrschenden Lehre als eine fortgesetzte Reihe von Traditionen bezüglich der einzeln perzipierten Früchte darstellt, erklärt er, wie gesagt, die Pacht selbst schon als Teil des dinglichen Geschäfts. Wir können uns der Blumeschen Ansicht nicht anschliessen, indem wir sie in Uebereinstimmung mit der herrschenden Lehre nicht für quellenmässig,[1] [2] aber auch nicht für die durch die Natur der Sache gegebene halten können.

Wir meinen auf Grund der herrschenden Lehre von der Permanenz des Konsenses des Grundeigentümers, dass der Verpächter dem Pächter gegenüber seinen Konsens plötzlich verweigern und damit den Eigentumsübergang vereiteln kann. Das B.G.B. verlangt in nicht unähnlicher Weise die Einigung der Parteien zum Erwerb durch Uebertragung. Natürlich müssen im Moment, wo sich der Eigentumserwerb vollziehen soll, sämtliche Erfordernisse hierzu vorhanden sein. Und dies bezieht sich nun auf alle obligatorisch zur Aneignung Berechtigten: Ist diese Einigung nicht vorhanden im Moment, in welchem der Berechtigte durch Besitzergreifung oder bei der Trennung erwerben

[1] l. 10 pr. D. 19, 5; l. 62 § 8 D. 47, 2.

[2] Brinz, Pandekten Bd. I § 145; Wendt, Pandekten § 130; Savigny, Recht des Besitzes § 22a; Exner, Tradition S. 19ff.; Czyhlarz bei Glück 41/42 I S. 460; Windscheid I § 186 A. 6 usw.

würde, so bleibt im Prinzip das Eigentum beim Veräusserer; ob diese Einigung fehlt, da plötzlich die Offerte dazu zurückgenommen wurde, oder ob der sie darstellende Vertrag gebrochen wird, ist für den negativen Effekt völlig egal. Das ist eben die Bedeutung der „Einigung" im Gegensatz zu „Vertrag", was Blume, wie wir glauben in Uebereinstimmung mit Kohler,[1]) entgegenzuhalten ist. Wenn Blume meint, dass eine dahingehende Offerte nicht zurückgenommen werden kann, so scheint dies uns schon darum unrichtig, weil dies eine unmöglich nach dem B.G.B. zulässige dingliche Wirksamkeit der Offerte wäre.

Wenn nun auch weiter gesagt werden könnte, dass der S. 2 deshalb überflüssig sei, da sich ja der besitzende obligatorisch Berechtigte durch die Einreden aus §§ 986, 1004 Abs. 2 schützen könnte, so ist hierauf zu erwidern, dass Fälle denkbar sind, in denen nach Rücknahme der Gestattung seitens des Grundeigentümers Bestandteile ohne Wissen und Willen des Berechtigten getrennt und dem Grundeigentümer ausgehändigt werden. Dann ist der Pächter oder Käufer betrogen und kann sich auf einen Prozess einlassen. Insofern erweist sich der S. 2 als eine zweckdienliche Vorschrift. Sie entstammt nicht dem gemeinen Recht, sondern Bedürfnissen des deutschen Wirtschaftslebens, in dem die kaltkapitalistische Idee des römischen Charakters niemals festen Fuss gewinnen konnte. Sie bildet eine wichtige Ergänzung der oben dargestellten *ratio*[2]) der Sicher-

[1]) Archiv für bürgerliches Recht Bd. 18 S. 107f.

[2]) Gehen wir auch nicht so weit wie Blume, der dem Besitzesschutz eine so hohe Bestimmung zuweist, dass der Fruchterwerb des Pächters, der die Hauptsache besitzt, darin allein seinen Rechtsgrund hat, so dass Blume ihn sogar originär nennt, so ist doch die Stabilierung des Besitzstandes von erheblicher Bedeutung gewesen für die Aufstellung dieses Rechtssatzes.

heit im Eigentumserwerb; sie erhöht diese Sicherheit und steht im Einklang mit dem Grundzug des B.G.B. eines gestärkten Besitzesschutzes, wie er sich insbesondere bei Pacht und Miete zeigt.[1])

Da nun unser Fall von der Vorschrift nicht mit einbezogen ist, so ergibt sich die Frage, ob wegen Gleichheit des Grundes der S. 2 auch auf diesen Fall auszudehnen ist. Indessen ist aus dem B.G.B. selbst keinerlei Anhaltspunkt in diesem Falle gegeben; und obwohl uns Billigkeitserwägungen nahe legen, den Bestandteile des Grundstücks besitzenden Käufer ebenfalls möglichst in seinem Besitz zu sichern, können diese allein nicht ausschlaggebend sein. Mangels eines andern Grundes zu der erweiterten Auslegung dieser singulären Vorschrift konnten wir nicht den Teilbesitz von S. 2 getroffen halten.

---

[1]) Anderer Meinung Auffenberg S. 52, der in dieser Regelung nur ein notdürftiges Kompromissrecht erblickt.